Texte de la **décision**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'engagé le 17 septembre 2007 par la société PVP en qualité d'assistant commercial et occupant en dernier lieu les fonctions de responsable commercial de région, M. X... a sollicité, le 14 août 2008, l'organisation des élections des délégués du personnel ; qu'il a été convoqué le 15 septembre 2008 à un entretien préalable à un éventuel licenciement ; que l'inspecteur du travail a refusé, le 7 novembre 2008, l'autorisation de licenciement ; que, saisi d'un recours hiérarchique, le ministre du travail a annulé la décision de l'inspecteur du travail et s'est déclaré incompétent pour autoriser ou refuser le licenciement le 11 mai 2009, la période de protection du salarié étant expirée ; que le salarié a saisi le 2 avril 2009 la juridiction prud'homale d'une demande de résiliation de son contrat de travail aux torts de l'employeur et de demandes en paiement des indemnités de rupture et d'un rappel de commissions ; qu'il a été licencié pour faute grave le 29 mai 2009 ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de ses demandes en paiement d'un rappel de commissions, de résiliation judiciaire de son contrat de travail et de condamnation de son employeur au paiement des indemnités de rupture et de dommages-intérêts alors, selon le moyen,
que lorsque le calcul de la rémunération variable dépend d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire ; qu'en déboutant M. X... de sa demande en paiement de commissions réalisées sur son chiffre d'affaires sur l'unique considération de ce que les documents produits par ses soins ne suffisaient pas à démontrer qu'un arriéré de commissions lui était dû quand il appartenait à l'employeur de fournir les justificatifs des livraisons et commandes effectuées par son intermédiaire ou par la clientèle de son secteur et le chiffre d'affaires en résultant, la cour d'appel a violé l'article 1315 du code civil ;

Mais attendu que l'arrêt constate que la société produit toutes les factures concernant le secteur d'activité du salarié du 20 mars 2008 au 30 septembre 2009 sur lesquelles le salarié ne fait aucun commentaire ; que le moyen manque en fait ;

Mais sur le second moyen, pris en sa première branche :

Vu la loi des 16-24 août 1790 et l'article L. 1235-1 du code du travail ;

Attendu que pour dire que le licenciement du salarié repose sur une faute grave et le débouter de ses indemnités au titre de la rupture, l'arrêt retient que le juge judiciaire ne peut, eu égard au principe de séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement ayant fait l'objet d'une demande d'autorisation administrative ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le ministre du travail, qui avait annulé la décision de l'inspecteur du travail, n'était plus compétent pour autoriser ou refuser le licenciement du salarié, la période de protection ayant expiré, de sorte qu'il appartenait au juge judiciaire d'apprécier si le licenciement du salarié avait ou non une cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que le licenciement de M. X... repose sur une faute grave et le déboute de ses demandes au titre de la rupture, l'arrêt rendu le 30 juin 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Dijon ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Besançon ;

Condamne la société PVP aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société PVP à payer à M. X... la somme de 2 500 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-neuf janvier deux mille treize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Boré et Salve de Bruneton, avocat aux Conseils, pour M. X...

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté Monsieur X... de ses demandes en paiement d'un rappel de commissions, de résiliation judiciaire de son contrat de travail et de condamnation de son employeur au paiement des indemnités de rupture et de dommages et intérêts ;

AUX MOTIFS QUE " Fabien X... fait valoir qu'il n'a pas perçu l'intégralité des commissions qui lui sont dues, correspondant aux ordres directs et indirects passés sur son secteur et demande que soit produit aux débats un certain nombre de documents par la SAS P. V. P. à défaut de quoi, il sollicite un rappel de commissions de 350 000, 00 euros ;

QUE Fabien X... a travaillé au sein de la SAS P. V. P. en qualité de responsable commercial région du 14 mars 2008 au 1er septembre 2008, date à partir de laquelle il a été en congé maladie ; que l'article V du contrat de travail de Fabien X... prévoyait que lui seraient versées les commissions calculées sur le chiffre d'affaires hors taxe réalisé sur factures encaissées dans son secteur de prospection, émanant " des ordres directs passés par son intermédiaire et des ordres indirects, c'est à dire passés par les clients à la société à condition que ces clients aient été régulièrement visités par le représentant " ;

QUE s'agissant des ordres directs, Fabien X... ne fournit aucun document aux débats justifiant qu'il n'en a pas été intégralement payé, les deux seuls documents qu'il produit consistant en une feuille intitulée " historique clientèle visitée " concernant quatre rendez-vous avec Bricomarché ayant eu lieu les 25 janvier, 30 janvier, 27 mai et 1er juillet 2008 et une fiche hebdomadaire concernant la semaine 34 (du 18 août au 25 août 2008) sur laquelle sont mentionnés, le jeudi, un rendez vous " prospection directe industrie ", le samedi " visite client ", et les autres jours " bureau Saint-Aignan et bureau maison " et sur laquelle Fabien X... a indiqué " au compteur environ 5 500 km " sans autre précision ; que force est de constater qu'à défaut de planning précis de ses rendez-vous pris durant sa période travaillée, ces seuls documents n'établissent pas qu'un arriéré de commissions, concernant les clients directs, lui soit dû, en l'absence de tout renseignement sur la fréquence de ses rendez-vous et l'importance des clients visités ;

QUE s'agissant des clients indirects, il était contractuellement prévu que la perception des commissions par Fabien X... était soumise à la condition qu'il ait régulièrement visité ces clients ; que Fabien X..., qui ne justifie d'aucune visite relativement à cette clientèle, fait valoir que la prise de contact pouvait être effectuée téléphoniquement sans toutefois d'ailleurs fournir aucune précision sur les clients concernés par de telles prises de contact, ni sur les dates des appels ; qu'en toute hypothèse et conformément aux dispositions contractuelles les prises de contact téléphoniques ne pouvaient se substituer aux visites lesquelles, seules, en vertu du contrat de travail permettaient le versement des commissions ;

QU'il est également prétendu par Fabien X... que les clients Carrefour et Toys R Us faisaient partie de son portefeuille ; que (cependant) Monsieur Y..., responsable signalétique chez Carrefour, indique qu'il travaille en direct avec Monsieur Z..., directeur de la SAS P. V. P. depuis plus de dix ans, que toutes les commandes sont centralisées à Evry et qu'il n'a

jamais eu de contact avec Fabien X..., n'ayant même jamais entendu parler de lui ; que Monsieur A..., directeur store planning au sein de la société Toys R Us, atteste que toutes les commandes, factures, sont depuis toujours négociées et signées avec Monsieur Z... uniquement et qu'il n'a jamais eu de contact avec Fabien X..., compte tenu de la centralisation des commandes aux fournisseurs, sur le site d'Evry pour toute la France ;

QU'il est encore reproché à la SAS P. V. P. par Fabien X... de ne pas lui avoir fourni la liste des clients de son secteur de prospection ; qu'il n'est toutefois pas contesté par Fabien X... qu'il a, avant de succéder à Monsieur B... qui avait pris sa retraite, fonctionné en doublon avec lui et qu'il n'est de la sorte, pas sérieux de sa part d'affirmer qu'il n'a pas en sa possession le listing de sa clientèle alors, au surplus, qu'il ne justifie, pendant toute la durée de son activité, d'aucune demande officielle à sa hiérarchie de la liste de ses clients ;

QU'enfin il est attesté notamment par Monsieur Philippe C..., responsable commercial au sein de la SAS P. V. P. délégué du personnel, qui a travaillé directement avec Fabien X..., que celui-ci lui avait indiqué qu'il ne resterait pas dans la société et qu'il lui conseillait d'en faire autant ; qu'il ajoute qu'il lui avait dit à plusieurs reprises " qu'il ferait payer très cher la direction sur des points imaginaires, tels que des commissions sur Carrefour et Toys R Us qui n'ont jamais été dans ses attributions et secteurs " ; qu'il précise encore que pour la transmission de la clientèle de son prédécesseur, Fabien X... s'est déplacé une seule fois sur le secteur, qu'il n'a ensuite jamais rendu visite à la clientèle et qu'il demandait aux secrétaires commerciales de faire le suivi de la clientèle à sa place " ;

QU'au vu de ces éléments et sans qu'il soit nécessaire d'ordonner une production de pièces supplémentaires, il n'est justifié par aucun document probant que des rappels de commissions soient dus à Fabien X..., étant donné que la SAS P. V. P. verse aux débats toutes les factures concernant son secteur commercial relatives à la période du 20 mars 2008 au 30 septembre 2009 sur lesquelles Fabien X... ne fait aucun commentaire ; que par suite, à juste titre, les premiers juges ont débouté Fabien X... de sa demande au titre des rappels de commissions (...) " (arrêt p. 3 et 4) ;

ALORS QUE lorsque le calcul de la rémunération variable dépend d'éléments détenus par l'employeur, celui-ci est tenu de les produire en vue d'une discussion contradictoire ; qu'en déboutant Monsieur X... de sa demande en paiement de commissions réalisées sur son chiffre d'affaires sur l'unique considération de ce que les documents produits par ses soins ne suffisaient pas à démontrer qu'un arriéré de commissions lui était dû quand il appartenait à l'employeur de fournir les justificatifs des livraisons et commandes effectuées par son intermédiaire ou par la clientèle de son secteur et le chiffre d'affaires en résultant, la Cour d'appel a violé l'article 1315 du Code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidiaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que le licenciement de Monsieur X... reposait sur une faute grave, débouté en conséquence ce salarié de ses demandes en paiement d'indemnités de rupture et de dommages et intérêts pour licenciement abusif ;

AUX MOTIFS propres QUE " par lettre du 29 mai 2009, libellée en ces termes, Fabien X... a été licencié pour faute grave : " A la suite de l'entretien préalable qui s'est tenu le 29 septembre 2008 à 10 heures au siège de l'entreprise et à la décision de Monsieur le Ministre du Travail dont vous trouverez ci-joint copie, Je vous notifie par la présente votre licenciement pour faute grave sur les motifs suivants :
- détournement de l'ordinateur qui vous a été confié à seule fin d'utilisation professionnelle pour correspondre de façon habituelle avec un site de rencontres pour adultes à caractère pornographique ;
- comportement déplacé vis-à-vis de vos collègues de travail féminines : envoi de mails pornographiques, transmission d'une vidéo à caractère pornographique (acte de pénétration sexuelle), avances et manoeuvres de séduction à connotation sexuelle.
Vous cesserez de faire partie du personnel de l'entreprise à la date de la réception de la présente lettre " ;

QUE statuant sur le recours hiérarchique formé par la SAS P. V. P. à l'encontre de la décision de l'inspecteur du travail refusant l'autorisation de procéder au licenciement de Fabien X..., le ministre du travail a, par décision notifiée le 30 avril 2009, n'ayant pas fait l'objet d'un recours contentieux, annulé la décision de l'inspecteur du travail et retenu que " les griefs établis ensemble présentent un degré de gravité suffisant de nature à justifier la mesure de licenciement " ;

QUE le juge judiciaire ne peut, eu égard au principe de séparation des pouvoirs, apprécier le caractère réel et sérieux du motif du licenciement ayant fait l'objet d'une demande d'autorisation administrative ; qu'il appartient en revanche au juge judiciaire d'apprécier le degré de gravité de la faute ; que les faits reprochés à Fabien X... dans la lettre de licenciement, considérés comme établis par l'autorité administrative, caractérisent de la part de celui-ci des fautes graves rendant impossible son maintien au sein de la société ; que le licenciement pour faute grave de Fabien X... était justifié ; que le jugement déféré doit être confirmé en ce qu'il a débouté Fabien X... de toutes ses demande de dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et de ses demandes au titre des indemnités de rupture (...) " (arrêt p. 5) ;

ET AUX MOTIFS adoptés QUE " le Ministre du travail a annulé la décision de l'inspecteur du travail le 11 mai 2009 ; que la décision du Ministre du travail retient que le licenciement de Monsieur Fabien X... était justifié ; qu'il est reproché à Monsieur Fabien X... l'utilisation de l'ordinateur confié à seule fin d'utilisation professionnelle pour correspondre sur un site de rencontres pour adultes à caractère pornographique ; qu'il est reproché à Monsieur Fabien X... un comportement vis à vis de ses collègues féminines qui relève du harcèlement sexuel ; que ces faits sont attestés par des membres du personnel ; que, lors de l'enquête contradictoire diligentée par le Ministre du travail, Monsieur Fabien X... a reconnu les faits qui lui sont reprochés ; qu'il appartient à l'employeur de faire cesser de tels agissements ; que la poursuite du contrat de travail était impossible en raison des agissements de Monsieur Fabien X... envers le personnel féminin ; que le licenciement repose sur une cause réelle et sérieuse et que le licenciement pour faute grave est justifié (...) " (jugement p. 6) ;

1°) ALORS QUE l'autorité administrative n'est plus compétente pour statuer sur la demande d'autorisation de licenciement lorsqu'à la date à laquelle elle se prononce, le salarié n'a plus la qualité de salarié protégé ; qu'en l'espèce le ministre du travail, aux termes de sa décision du 24 avril 2009 avait, après avoir annulé le refus d'autorisation opposé par l'inspecteur du travail à la demande de la Société, retenu " que Monsieur X..., non élu aux élections de délégués du personnel, ne bénéficiait plus de la protection afférente à sa candidature ", et décidé en conséquence qu'il " n'a (vait) plus compétence pour autoriser son licenciement " ; qu'en l'absence de décision administrative autorisant ou refusant le licenciement, il incombait au juge prud'homal d'apprécier le caractère réel et sérieux du licenciement prononcé ; qu'en s'y refusant, la Cour d'appel a violé par fausse application la loi des 16-24 août 1790 ;

2°) ALORS en toute hypothèse QUE le juge prud'homal doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction et qu'il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ; qu'en l'espèce, il ressort des notes prises par le greffier lors de l'audience des débats d'appel du 24 mai 2011 que le conseil de Monsieur X... a demandé que soient écartées des débats les pièces adverses n° 10 à 26, concernant l'enquête administrative, qui ne lui avaient été communiquées ni en première instance ni à hauteur d'appel et que la Cour d'appel a indiqué que cet incident serait joint au fond ; qu'en se déterminant cependant au vu de ces pièces, qu'elle n'a pas écartées des débats, la Cour d'appel a violé les articles 16 du Code de procédure civile et 6 §. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.